

侵犯专利权罪之辩驳

【摘要】 专利权是一种绝对性较弱、客体不够确定的财产权。侵犯专利权行为的刑事制裁不符合专利权的性质，国际条约和其他国家与地区的立法也对其持审慎的态度。在我国，增设“侵犯专利权罪”存在诸多弊端，因此不应当设置该罪名。

【关键词】 假冒专利罪 侵犯专利权罪 专利权

张新锋/文

美国和欧盟一些国家要求我国强化刑法对专利权保护的呼声日趋高涨。目前我国刑法涉及专利权的罪名有假冒专利罪、泄露国家秘密罪和滥用职权罪，没有侵犯专利权罪。欧盟和美国强烈要求中国增加对侵犯专利权的刑事制裁，学界也有人认为增设“侵犯专利权罪”是必要的，¹ 因为我国专利侵权行为严重，阻碍了发明创造的积极性，为有效抑制专利侵权行为，充分保护专利权人的合法权益，需要将专利侵权行为入罪化。

侵犯专利权即是指违反《专利法》第 11 条的规定，未经专利权人许可，实施其专利的行为。侵犯专利权罪，即以刑事责任制裁专利侵权行为。

另外，专利法上还有假冒他人专利和冒充专利的行为，假冒他人专利行为包括虚假标示专利号和伪造、变造他人专利证书等行为。这些行为破坏了市场秩序，客观上也对专利权人的利益造成损害，属于广义上的侵害专利权的行为。

我国现行刑法是否需要增设“侵犯专利权罪”，需要从刑法保护专利权的目及专利权的性质和国际条约的要求等几个方面考虑。

一、从假冒专利罪与侵犯专利权罪的区别看刑法保护专利权的目

假冒专利罪是指自然人或者单位违反专利

1. 相关观点可参见杨延超：《我国侵犯知识产权犯罪的立法完善》，载《法学论坛》2007 年第 5 期。另见田宏杰：《侵犯专利权之刑事立法比较研究——兼及我国专利权刑法保护的完善》，载《政法论坛》2003 年第 3 期。另外，在欧盟和美国的一些官方或者非官方机构的资助下，国内一些学者也在研究强化刑法保护专利权的立法建议。

法管理规定,故意假冒他人专利,情节严重的行为。根据《专利法实施细则》的规定,一般认为假冒专利的行为有:(1)未经许可,在其制造或者销售的产品、产品的包装上标注他人的专利号;(2)未经许可,在广告或者其他宣传材料中使用他人的专利号,使人将所涉及的技术误认为是他人的专利技术;(3)未经许可,在合同中使用他人的专利号,使人将合同涉及的技术误认为是他人的专利技术;(4)伪造或者变造他人的专利证书、专利文件或者专利申请文件。

侵犯专利权罪,在多数国家和地区的刑法中没有设置该罪名,参照一些国家的规定,学说一般认为本罪是指“违反专利法,侵犯他人专利权,情节特别严重的行为”。侵犯专利权就是指《专利法》第11条规定的行为,即未经许可实施他人专利技术的行为。实施行为包括制造、使用、销售、许诺销售、进口专利产品或者使用专利方法以及使用、销售、许诺销售、进口依照专利方法获得的产品。

上述两种罪名保护的法益有本质区别。法益,是根据宪法的基本原则,由法所保护的、客观上可能受到侵害或者威胁的人的生活利益^[1],一般情况下,犯罪客体可以理解为法益。

一般认为,假冒专利罪的法益是多重的,既包括市场竞争秩序,又包括他人专利权。也有人认为,本罪的法益是国家专利管理制度和专利标记权。

笔者认为,假冒专利罪的法益不是他人专利权。假冒他人专利,客观方面是行为人假冒了他人有效的专利号和专利标记或者假冒他人专利名称,本罪的行为既可能实施他人专利技术,也可能没有实施他人专利技术,实施与否不影响本罪的定性。专利权是专利所有人对专利技术的排他性支配和实施的权利,是一种财产权利。实施他人专利技术是对于他人财产权的侵犯,仅仅是未经许可实施他人专利的行为,如果没有假冒行为,则不构成本罪,因为这只是民事侵权行为。民

事责任可以补偿专利权遭受的损失,并惩戒侵权人。相反,如果利用刑罚处罚侵犯专利权的行为,则成本高昂,效果微小,不符合刑法的谦抑性原则^[2]。由此可见,本罪保护的法益不是他人专利权,而是与专利权有关的专利管理的社会经济秩序。

假冒专利罪的法益也不是专利权人的商誉^[3]或者专利标记权,专利权本质上是一种基于创造性技术方案的排他实施权,该方案的实施效果如何,能否得到消费者的认可,获得商誉价值,专利法在所不问。之所以存在对专利的盲从,是因为我国专利制度实施实践中存在误读,将专利技术等同于市场效益好的技术,认为专利产品具有良好声誉,并进而认为专利标记是一种权利。其实,专利权和市场效益没有必然联系,大量的“问题专利”的存在就是明证。专利标记非但不是一项权利,而是一项义务。规定专利标记的目的是为了向不特定人或公众宣示产品中采用了某种专利技术,而不是为了标示某种商誉。专利标记只是权利公示方式的一个符号。在法律上设定任何一种针对公众的对世权时,法律都要求设定必要的公示程序。各国法律都规定了严格的以专利公报方式的公告程序,针对投放市场的专利产品,则要求其在产品上或者产品的包装上注明专利标记,以起到公示作用。从境外立法例看,美国等国家和地区的专利法都将专利标记视为一种义务。既然专利标记不是专利权的内容,专利权本身并非商誉,假冒他人有效的专利号或者专利标记,就不是对于专利权的侵犯,而是破坏专利管理秩序的行为。

假冒专利罪的法益是超个人法益,即市场正当竞争秩序。专利市场竞争秩序的主要载体就是专利权的专利号和专利标记。伪造没有相对应的专利权的专利号和专利证书是对专利行政管理秩序的侵害,冒充专利可能承担破坏专利管理秩序的行政责任或者伪造国家机关证件罪的刑事

责任。而假冒他人专利则破坏了国家对于专利授权及其管理的社会经济秩序。在我国刑法典中,假冒专利罪及其他侵犯知识产权犯罪都被置于第二编第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中,而不是第五章“侵犯财产罪”。假冒专利、虚假标示都会构成不正当竞争,损害消费者利益,扰乱市场竞争秩序。假冒他人专利主要是破坏市场竞争秩序,属于不正当竞争犯罪,刑法规制假冒专利行为的目的也是维护市场秩序。在客观上,假冒他人专利的行为减损了专利权人的产品市场份额,损害了专利权人的经济利益,刑事制裁假冒专利的行为,具有保护专利权的客观结果。

根据学说,“侵犯专利权罪”的客观行为是未经许可实施他人专利技术,客体则指向他人的财产利益。其法益则是他人的专利权,是一种财产权,即专利权人排他性的支配实施专利权。侵犯专利权罪是侵犯财产罪。所以“假冒专利罪”和“侵犯专利权罪”的法益具有本质的区别,前者的法益是基于专利权管理形成的社会经济秩序,是公益;后者是他人的财产权利,是私法益。

二、专利权的特质与侵犯专利权罪之龃龉

(一)专利权的性质与特征

从制度层面,专利制度是一项以发明创造为保护对象的知识产权制度,有的国家兼及实用新型和外观设计。从规范层面,专利权是发明人对其创造性智力成果所享有的排他性权利。从操作层面,专利权是权利人对专利申请权利要求书所表现出来的技术方案享有的专有实施权。

专利权的性质是财产权,但是专利权和物权等基本财产权相比仍然具有很大差别:专利权和基本财产权的主要区别在于权利客体的差异,物

权及准物权的客体一般是有体物或者有指向的特定物,而专利权的客体是权利要求书记载的技术方案,按照该技术方案可以复制出无数个专利产品或者反复利用该技术方案生产产品;物权重在物之归属和保有,专利权的利益在技术方案的复制中实现,保有技术方案不能产生利益。由于专利技术方案可以被无限复制利用,导致所有人无法事实独占其收益,因此专利权是借助国家权力实现个人对技术方案在一定的地域和期限内享有法律上的控制权,来实现技术创新的财产利益。因此,作为一种财产权,专利权的实现方式有其不同于一般财产权的特殊性。

(二)侵犯专利权罪之对象不能犯

侵犯专利权罪的设置目的是保护专利财产权。就保护私人财产权而言,刑法对专利权的保护的合理性并不充分。财产犯罪的对象,首先是财产所有权及其他本权,其次是需要通过法定程序恢复应有状态的占有。刑法既保护狭义的物权所有权,也保护物权所有权以外的重要的利益,例如股权、信托受益权及其他财产利益。这些权益具有绝对性和客体之确定性。物权所有权是最强烈的绝对权,权利客体是有体物,所以确定;证券财产权益、信托财产权益也具有较强的绝对性和权利客体的确定性。而专利权的绝对性和确定性都远远低于前述权益。

因为,专利权基于公共权力授予技术方案之实施的排他权而产生,专利权的权利要求书记载的技术方案是否符合专利授权要求、其权利要求的范围都具有不确定性,尽管授予专利权需要经过审查(实用新型和外观设计仅作初步审查),但是这种审查仍然无法使其像物那样确定。所以,专利权的效力范围处于不稳定的变动状态,没有确定性。郑成思先生指出,专利权的效力和范围只有在诉讼中才能得到确定。因此专利权既脆弱需要保护,又诡诈易被滥用,既是财富源泉,又是

市场垄断的商业工具。在很多专利侵权纠纷中,被告被诉侵权后,往往向专利复审委员会申请原告的专利权无效,如此一来,原告的专利权就成为一种并不存在的财产权,这样的案例在专利侵权民事纠纷中占有相当比例。如果未经民事程序对于专利权的效力进行终局确认,就贸然介入刑事处罚,则有可能刑法保护的是一种不存在的对象,构成对象不能犯。专利权缺乏刑法保护的财产权所要求的绝对性和犯罪构成要件的确定性,因此刑法无法将专利权规定为侵犯财产罪的对象。

三、侵犯专利权罪之国际比较

综合考察世界上技术创新能力较强的国家和地区的专利刑事法,和专利相关的罪名主要有妨害专利秩序罪和侵犯专利权财产罪两类,前者包括虚假专利标示罪(含假冒专利和专利申请罪)、妨害专利管理秩序罪(包括伪造专利特许证罪、伪造专利记录罪、滥用专利局名义罪、泄露秘密罪、专利欺诈行为罪、专利伪证罪等),不同的国家各自有所取舍。

虚假专利标示罪和妨害专利管理秩序罪都是对公共法益的侵害,犯罪客体是社会市场秩序和公共管理秩序。侵犯专利权罪则是对私人财产权的侵害,法律保护的是私益。如表1所示,绝大多数国家和地区都将虚假专利标示和假冒专利规定为犯罪,只有德、法和日本以及2003年前的我国台湾地区将侵犯专利权规定为犯罪,但是又

将其限定为亲告罪。

可以看出大多数国家刑法规范专利权的重点在于专利授权、行使的管理与市场经济秩序,而将专利权的救济交由民法承担,我国也采取这种立法模式。该模式符合国际条约的要求。《与贸易有关的知识产权协议》第61条要求成员国提供刑事程序和处罚,以适用具有商业规模的故意假冒商标和盗版案件,也可以适用专利权的侵权,但不是必须适用。

另外,上述具有侵害专利权罪立法的国家和地区的实践也证明专利侵权的刑事救济之不当。我国台湾地区1994年前“专利法”规定,凡侵害专利权者,包括发明专利、新型专利及新式样专利,均有刑事责任,共设有11个罪名之多,经多年实务,结果造成权利人利用刑罚规定,藉检察官之侦查权,打击竞争对手,对其财产施以搜索、扣押,造成竞争对手营业上及名誉上无法弥补之伤害。屡遭产业界和学界批评后,于1994年修订时将发明专利权侵害除罪化。2003年现行“专利法”,为符合国际潮流,除专利物品之标示涉及刑罚规定而外,亦废除新型专利及新式样之刑罚规定,至此,专利侵权完全回归民事解决^[4]。欧盟的侵犯专利权罪的除罪化也如火如荼地展开,欧洲议会2007年4月25日一读通过《欧洲议会和欧盟理事会关于旨在确保执行知识产权的刑事措施指令(修改建议稿)》,其对欧盟委员会的建议稿最重要的修改之一就是将专利权排除在指令适用的刑罚范围之外^[5]。

表1 主要国家和地区与专利相关罪名列表

罪名类型		美国	英国	德国	法国	日本	中国台湾
妨害专利 秩序罪	虚假专利 标示罪	虚假专利标 记罪	假冒专利罪、假冒已申 请专利罪		假冒他人专利或 者专利申请	虚假标示罪	伪造专利罪、虚 伪表示罪
	妨害专利管 理秩序罪	伪造专利特 许证书罪	伪造专利记录罪、滥用 专利局名义罪		泄露秘密罪	专利欺诈行为罪、伪 证罪、泄密罪	
侵犯专利财产罪				侵害专利 权罪	侵害专利权罪	侵害专利权罪	

四、结语

综上,可以看出,设置“侵犯专利权罪”存在诸多弊端。首先,它意味着对专利权的保护超过了《与贸易有关的知识产权协议》的要求,这种过强的保护与我国较弱的创新能力不适应。很多技术具有公共性,是不可替代的,“胜王败寇”的规则决定专利制度对于技术后发国家存在某种消极影响。专利权的民事程序为弱势企业和强势企业的市场博弈提供了空间和机会,但是刑事介入专利侵权纠纷时,就武断地剥夺了这一机会。

其次,专利权获得、行使的一般属性和特点使得民法成为保护专利权根本和有效途径,在民事保护的同时,和专利权相关的严重违法行为才有可能被追究行政责任和刑事责任。专利权行政保护是我国特有的专利侵权的救济形式。行政救济和刑事救济都属于公法的救济,只是在处罚程序和严厉程度上存在差别。目前我国的刑事司法资源极其有限,处理严重犯罪行为已经勉为其难,如果把众多的侵权专利权行为入罪化,刑事司法机关必然不堪重负。

再次,就司法程序而言,刑事制裁专利侵权也力不从心。专利权的权利要求书记载的技术方案构成专利技术和公有技术领域的边界,这是一个在诉讼、博弈中变化的界限。专利权越来越商业工具化,几乎所有的专利权所有人都从发明人转移到公司,公司不但申请核心技术专利,而且申请大量的不去实施的外围专利,以达到布置陷阱、阻止市场竞争的目的。更为严重的是,世界主要专利机构授权的专利实施的比例正在下降,大量的“问题专利”充斥于专利公报。如果对专利侵权提供刑事救济,仍然需要将民事诉讼作为前置程序,否则无法确定专利权的效力和权利边界,也就无从判断行为人是否侵权。既然民事诉讼程序是必经程序,而且也可以为真正的权利人提供比较周全的保护和救济,就没有必要叠床架屋,增加侵犯专利权罪。

最后,刑事保护程序可能异化为专利权滥用的温床。专利审查不可能完全确定技术方案真实的创新状态,况且实用新型和外观设计根本不作实质审查。但是一旦公开专利申请或者获得授权,专利权人就具有垄断市场的合法性。专利权人千方百计地利用专利授权、复审、诉讼等程序维持或者延长市场垄断地位,排挤竞争对手。在刑法规范专利侵权行为时,刑事程序介入固然可以及时保护专利权人,但检察和公安机关的侦查权可能对合法的技术使用者造成不当威胁和损害。刑事司法程序的严厉性使正当的市场竞争和合法的技术传播会受到难以恢复的打击。相反,快速、及时的救济功能可以由民事程序中的禁令和行政查处实现,并非必须依赖于刑事程序。

因此,刑事制裁专利侵权行为既不符合专利权的性质,也不符合刑法保护的目。欧盟将侵害专利权除罪化,却要我国强化专利权的刑事保护,无异是差别待遇,固然我国侵犯知识产权现象较多,但是立法也不可悖理而行。所以,“侵犯专利权罪”既不顺应世界潮流,也不利于我国创新能力建设,更不利于司法的公正、有效运行,我国不应当增设该罪名。EIP

(作者单位:厦门大学知识产权研究院)

参考文献:

- [1] 张明楷.刑法学(第二版)[M].北京:法律出版社,2003:109.
- [2] 刘宪权,吴允锋.假冒专利罪客观行为的界定与刑法完善[J].华东政法学院学报,2006(1).
- [3] 周详.再论假冒专利罪[M].电子知识产权:2003(12).
- [4] 曾陈明汝.两岸暨欧美专利法[M].北京:中国人民大学出版社,2007:135.
- [5] 莫洪宪,贺志军.欧盟《知识产权刑事措施指令(草案)》研究[J].政治与法律,2008(7).